



Asamblea General

Distr. general
4 de mayo de 2006

Original: español/inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
39º período de sesiones
Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006

Proyecto de disposiciones legales sobre medidas cautelares y sobre la forma del acuerdo de arbitraje -Proyecto de declaración sobre la interpretación de los artículos II 2) y VII 1) de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras

Observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales

Nota de la Secretaría

Índice

| | <i>Página</i> |
|---|---------------|
| I. Introducción | 2 |
| II. Observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales | 3 |
| A. Estados Miembros | 3 |
| Guatemala | 3 |
| Italia | 5 |



I. Introducción

1. En su 32º período de sesiones (Viena, 17 de mayo a 4 de junio de 1999), la Comisión decidió que el Grupo de Trabajo diera prioridad a los siguientes temas: el requisito de la forma escrita para el acuerdo de arbitraje enunciado en el párrafo 2) del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (“la Ley Modelo de Arbitraje”) y en el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“la Convención de Nueva York”)¹, así como la ejecutoriedad de las medidas cautelares².

2. El Grupo de Trabajo ultimó su labor sobre el proyecto de disposiciones legales relativas a las medidas cautelares y a la forma del acuerdo de arbitraje, así como sobre el proyecto de declaración relativo a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York, en su 44º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006). Por medio de una nota verbal fechada el 21 de marzo de 2006 y dirigida a los Estados y organizaciones intergubernamentales y a las organizaciones internacionales no gubernamentales invitadas a asistir a las reuniones de la Comisión y de sus grupos de trabajo en calidad de observadores, el Secretario General transmitió los textos de los proyectos de disposiciones legales sobre medidas cautelares y sobre la forma del acuerdo de arbitraje, así como el proyecto de declaración relativo a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York, conforme figura en los anexos del informe del Grupo de Trabajo acerca de la labor de dicho período de sesiones (A/CN.9/592). Se publicaron por separado unas breves notas sobre cada texto (A/CN.9/605 sobre el proyecto de disposiciones legales relativas a las medidas cautelares, A/CN.9/606 sobre el proyecto de disposiciones legales relativas a la forma del acuerdo de arbitraje, A/CN.9/607 sobre el proyecto de declaración relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York de 1958).

3. En el presente documento figuran las primeras observaciones recibidas por la Secretaría concernientes a los proyectos de disposiciones legales sobre medidas cautelares y sobre la forma del acuerdo de arbitraje en sí, sobre el proyecto de declaración relativo a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York. Las observaciones que la Secretaría reciba una vez que salga el presente documento serán publicadas en forma de adiciones, conforme se vayan recibiendo.

II. Observaciones recibidas de los Estados Miembros y de las organizaciones internacionales

A. Estados Miembros

Guatemala

[Original: español]
[28 de abril de 2006]

Observaciones de Guatemala a las enmiendas de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI

Por este medio tengo el honor de transmitirle ciertos comentarios al proyecto de disposiciones que contendrían las enmiendas de la Ley Modelo de Arbitraje (Ley Modelo) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Se entiende que todo comentario debe ser lo más conciso posible, por lo que así se hará, sin perjuicio de que si ustedes en la Misión Permanente creen oportuno ahondar sobre algunos de los comentarios vertidos, así se haga.

En primer lugar, es necesario reconocer que el tema de medidas cautelares y órdenes preliminares es un tema que ha cobrado interés o relevancia especial como un área en lo que pudiera avanzarse en las regulaciones en materia arbitral que brinden mayor posibilidad a los árbitros o tribunales arbitrales en cuanto a sus facultades para poder decretar u ordenar este tipo de medidas u órdenes. De hecho esa ha sido una de las razones principales que en Guatemala han existido para preparar, hace aproximadamente dos años, una iniciativa de ley presentada por la Corte Suprema de Justicia que pretende asignar mayores facultades coactivas a los árbitros en cuanto a su capacidad de decretar u ordenar estas medidas.

Cabe mencionar que esta iniciativa ha sido criticada por quien prepara este informe, ya que pretende dar facultades coactivas directas a los árbitros para decretar estas medidas sin necesidad alguna de apoyo o auxilio judicial. Es decir, pretende esta iniciativa dar el "*ius imperium*" a los árbitros en medidas cautelares o medidas anticipatorias u órdenes preliminares. Al parecer, la propuesta preparada por el Grupo de Trabajo respectivo en el 14º período de sesiones (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006), no sólo es más razonable en este aspecto, sino más acorde al contenido integral de la Ley Modelo.

Dicho lo anterior, se pasa a hacer comentarios puntuales sobre el texto analizado.

Artículo 17, párrafo 1)

Se sugiere la siguiente redacción: "1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquiera de ellas, otorgar medidas cautelares" (en donde se sustituye la palabra UNA por CUALQUIERA).

Este cambio semántico permite tener una impresión más amplia o más balanceada de esta oportunidad para cualquiera de las partes del proceso arbitral.

Artículo 17, párrafo 2)

No se sugiere cambios de redacción en sí misma sino más bien reflexionar sobre la utilización de la palabra “laudo” como el medio o vehículo que pudiera contener el otorgamiento de una medida cautelar. Aunque se entiende la razón vinculada principalmente al carácter ejecutivo de la misma ante los tribunales jurisdiccionales de un Estado, en algunas jurisdicciones puede generar confusión en cuanto a que se refiere a la resolución definitiva del proceso (laudo es el equivalente a sentencia, y generalmente las medidas cautelares, en procesos comunes o jurisdiccionales, se otorgan mediante autos o resoluciones preliminares). Quizá podría utilizarse la palabra “laudo interino” como creo se hace en otras jurisdicciones y si fuera el caso, quizá también podría agregarse una definición de este tipo de laudo en el artículo de definiciones de la Ley Modelo.

En el mismo sentido, en el apartado e) del párrafo 2) de este artículo 17, al referirse a todo laudo subsiguiente, si se acepta la utilización del término “laudo interino”, habría que utilizar en este párrafo la palabra “laudo definitivo”.

Artículo 17 bis**Apartado a) del párrafo 1)**

En lugar de la expresión “no resarcible” se sugiere usar la expresión “no reversible” o “irreparable”.

Apartado b) del párrafo 1)

Se sugiere eliminarla por completo. En nuestra jurisdicción (Guatemala) podría esta norma utilizarse como medio de impugnación o tacha a los árbitros, por adelantar de alguna manera criterio sobre las pretensiones de una de las partes. Quizá sería mejor simplemente indicar en esta o cualquier otra norma de la propuesta de reformas a la Ley Modelo, que los árbitros resuelven las medidas bajo su responsabilidad o bien crear un estándar de cuidado mayor para los árbitros en cuanto a su decisión de otorgar o no dichas medidas.

Párrafo 2)

En la primera línea de esta sección, en lugar de usar la expresión “a toda demanda” utilizar la expresión “a todo requerimiento”. Este mismo cambio, de ser aceptable, habría que hacerlo en otras disposiciones, como en el artículo 17 ter, por ejemplo. Asimismo, en varios artículos de la propuesta, por ende, en lugar de hablar de un “demandante de una medida cautelar” y de un “solicitante de una orden preliminar”, se sugiere usar la expresión “solicitante” o “requirente” de una medida cautelar o una orden preliminar.

Artículo 17 ter

Dado que no en todas las jurisdicciones se utiliza el término “órdenes preliminares”¹ en las leyes procesales respectivas, quizá será conveniente, al igual

¹ En Guatemala al menos, no se utiliza este término en leyes procesales del orden civil y mercantil. Se usan en cambio las figuras de medidas cautelares, medidas preventivas o medidas de garantía.

que se hace en el caso de medidas cautelares, dar una definición o concepto de las órdenes preliminares.

Se estima oportuno conocer más a fondo la relación que existe, en su caso, entre las órdenes preliminares y las medidas cautelares, para determinar si es necesario hacer más comentarios en relación a éste y otros artículos de la propuesta.

Adicionalmente al comentario anterior, se estima necesario estudiar más a fondo la regulación relativa a reconocimiento y ejecución de medidas cautelares, pues pareciera que están pensadas principalmente en función de arbitrajes internacionales, pero se debe recordar que en algunas jurisdicciones, como es el caso de Guatemala, la Ley Modelo se adoptó como su legislación interna tanto para los arbitrajes internacionales como los nacionales. Habrá que confirmar si la regulación que se propone funciona igualmente para los arbitrajes nacionales. Finalmente, en cuanto a las disposiciones legales revisadas sobre la forma del acuerdo arbitral, no se tienen más comentarios que el siguiente:

Artículo 7, párrafo 3

Se sugiere la siguiente redacción:

“Un acuerdo de arbitraje constará por escrito si queda cualquier constancia o evidencia documental de su contenido, no importando si dicho acuerdo o el contrato del que forma parte se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.”

Italia

[Original: inglés]
[3 de mayo de 2006]

Observaciones concernientes al proyecto de disposiciones legales sobre medidas cautelares y órdenes preliminares (anexo 1)

La normativa legal vigente en Italia en materia de arbitraje no faculta a los árbitros para dictar medidas cautelares ni órdenes preliminares. El parecer de Italia a este respecto es el de que dicha potestad debe reservarse con exclusividad al foro judicial competente. No cabe prever que el ordenamiento jurídico italiano modifique su postura a este respecto en el próximo futuro. Por ello, tampoco parece probable que las nuevas reglas de la CNUDMI sobre medidas cautelares y órdenes preliminares sean aprobadas por la República italiana, ni total ni parcialmente. Este rechazo pudiera ser incluso más radical respecto de toda medida cautelar que sea dictada sin escuchar a la otra parte (*inaudita altera parte*). Tal vez proceda recordar y reiterar aquí las observaciones y propuestas presentadas en el pasado por la delegación de Italia respecto de los puntos anteriormente mencionados.

Partiendo, no obstante, de la hipótesis de que la Comisión tal vez desee conocer la perspectiva italiana sobre las reglas propuestas, la delegación de Italia presenta las observaciones siguientes:

1. El capítulo IV bis (desde el artículo 17 al artículo 17 undecies) está en su totalidad formulado en un lenguaje analítico y detallado y en un estilo que tal vez sólo se preste a ser aceptado sin dificultades por los países del *common law*.

El ordenamiento jurídico italiano y el de otros países de tradición romanista tendrían menos dificultad en incorporar dichos textos si se hubieran redactado en un estilo más conciso, que se fiara más de la función supletoria tradicional que cumple el derecho procesal interno de cada país al servicio de la vía jurisdiccional sumaria a la que se recurre por motivos de urgencia.

2. Tal vez convenga aclarar (ya sea en las disposiciones legales, en un comentario oficial o en una guía para su incorporación al derecho interno) que en el capítulo IV bis se utiliza el término “parte” como referido únicamente a “una parte en el acuerdo de arbitraje”, pero no a un tercero que pueda verse afectado por la medida cautelar o por la orden preliminar, y que no haya consentido en quedar sometido a la jurisdicción de un tribunal arbitral.

El artículo 17 quater 2) es un buen ejemplo de una disposición que ganaría en certeza jurídica, de insertarse en su texto la aclaración anteriormente sugerida.

3. Dada la fuerte oposición expresada por algunas delegaciones en el Grupo de Trabajo contra la salvedad inicial, que finalmente se introdujo en el párrafo 1) del artículo 17 y en el párrafo 1) del artículo 17 ter, por la que se ofrece a las partes la posibilidad de excluir contractualmente las facultades enunciadas en dichos párrafos tal vez la Comisión desee reconsiderar la conveniencia de ofrecer un texto definitivo en forma de dos variantes, en la segunda de las cuales se ofrecería a las partes la posibilidad de ser ellas las que estipulen en su acuerdo dichas facultades.

Cabría, por ejemplo, complementar la salvedad inicial, que figura en el párrafo 1) de los artículos 17 y 17 ter, “Salvo acuerdo en contrario de las partes”, con la variante “De haberlo convenido así las partes” o algún otro texto de sentido equivalente.

Observaciones concernientes al proyecto de disposiciones legales relativas a la forma del acuerdo de arbitraje (anexo II)

El anexo II ofrece una versión revisada y notablemente alargada del artículo 7 (“Definición y forma del acuerdo de arbitraje”), junto con una variante abreviada (“Definición del acuerdo de arbitraje”).

La delegación de Italia prefiere la primera y más larga de las dos variantes que tiene por finalidad introducir una distinción importante, y digna de ser tenida en cuenta.

Dicho en pocas palabras, la primera variante distingue entre la certeza que debe haber de la intención de las partes de someterse a arbitraje y la certeza del régimen que será aplicable a las actuaciones arbitrales.

Mientras que en numerosos ordenamientos jurídicos internos se sigue exigiendo la forma escrita para el acuerdo de arbitraje a fin de fundamentar la primera certeza (la certeza de la intención de las partes de someterse a arbitraje), la revisión propuesta del artículo 7 (versión larga) trata de modificar radicalmente esta perspectiva dando prioridad a la segunda certeza (la certeza del régimen aplicable a las actuaciones arbitrales).

En esencia, la revisión propuesta del artículo 7 (versión larga) liberaliza la forma por la que las partes podrán consentir en recurrir al arbitraje (cabrá hacerlo incluso “verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro

medio”), pero se sigue exigiendo el requisito de la forma escrita para dejar constancia de las reglas por las que se ha de sustanciar el arbitraje.

La disposición clave es la del párrafo 3) del artículo 7, respecto de la cual se pide que la Comisión se pronuncie sobre si se atendería mejor a la finalidad de la certeza jurídica de las reglas aplicables al arbitraje definiendo el requisito de forma del acuerdo de arbitraje en función de que dicha forma deje constancia de sus “términos” (primera variante entre corchetes) o deje constancia de su “contenido” (segunda variante entre corchetes).

La delegación de Italia prefiere sin duda alguna la noción de “contenido” a la de “términos”, dado que refleja mejor la esencia prescriptiva de un acuerdo que la ley exige que sea consignado con arreglo a ciertos requisitos de forma que dejen la debida constancia de su contenido.

Ahora bien, la delegación de Italia se limita aquí a expresar su preferencia entre las dos variantes ofrecidas en el texto de ese párrafo. La Comisión tal vez desee considerar la conveniencia de que se reformule el párrafo 3) del artículo 7 en su totalidad en términos que expresen mejor su finalidad básica de prescribir ciertos requisitos de forma que salvaguarden la certeza que debe haber respecto del contenido de las reglas por las que se sustanciará el arbitraje.

Observaciones sobre el proyecto de declaración relativo a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo IV de la Convención de Nueva York (anexo III)

La delegación de Italia desea expresar su apoyo a este proyecto de declaración.

Pese a que sea difícil prever en términos jurídicos precisos cuál será su eficacia, caso de ser aprobada, en orden a disminuir la falta de uniformidad actual en la interpretación de la Convención de Nueva York, no sería realista asumir que otra solución más ambiciosa vaya a tener más éxito a dicho respecto.

Notas

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento N° 17 (A/54/17), párrs. 344 a 350 y 380.*

² *Ibid.*, párrs. 317 a 373 y 380.